

**KOMMUNSEKTORENS ORGANISASJON - KS ADVOKATENE - Advokater MNA**

Tor Allstrin - områdedir.
Marianne Bachke
Gry Brandshaug Dale
Stig Eidissen
Øyvind Gjelstad
Solfrid Vaage Haukaas
Anne-Lise Hellebostad

Beatrice Dankertsen Hennyng
Hakon Huus-Hansen
Martin Jonassen
Erna Larsen
Frode Lauareid (H)
Andreas Dag Nilsen
Anette Olsen

Øyvind Renslo
Jostein Selle
Johan Nyrerød Spiten - avd.dir
Cecilie R. Sæther
Siri Tofte
Kristine Vigander
Geir S. Winters

Erland Aamodt (advfm)
Kjersti Benum (adv.sek.)
Stig Dahlsveen (spes.kons.)
Linda Hansen (adv.ass.)
Stina Berg Nielsen (adv.sek.)
H = møterett for Høyesterett

Horten kommune
██████████
Postboks 10
3191 HORTEN

Vår referanse: 22/02314-1

Ansvarlig advokat: Øyvind Renslo
Deres referanse:

Dato: 16.09.2022

Klage på vedtak om avslag på søknad om økt pensjonstilskudd - ██████████ ██████████ barnehage

1. Innledning

Vi viser til tidligere korrespondanse.

Horten kommune mottok den 10. mars 2022 søknad fra ██████████ barnehage om dekning av ekstraordinært pensjonstilskudd for 2022. Ved vedtak av 1. juni av slo kommunen søknaden. Vedtaket ble blant annet begrunnet slik:

«Horten kommune avslår søknaden fra ██████████ barnehage om økt tilskudd for å dekke pensjonskostnader for 2020. Avslaget begrunnes i at pensjonskostnaden, som overstiger 13 %, er en engangskostnad på fremtidig administrasjon og forvaltning av barnehagens pensjonsordning og ikke inngår i gjeldende forsikringsavtale».

PBL ved advokat Einar Brunnes har på vegne av ██████████ barnehage den 22. juni 2022 påklaget vedtaket.

Vi er bedt om å bistå Horten kommune i forbindelse med første instans behandling av klagen før klagen sendes videre til statsforvalter for endelig klagebehandling.

Vi vil nedenfor under punkt 2 først gi vår oppsummering av vår rettslige vurdering. Under punkt 3 følger kort om regelverket for tilskudd til private barnehager. Under punkt 4 skal det redegjøres kort for historikk knyttet til utforming av reglene dekning tilskudd til pensjon, lovgivers begrunnelse for reglene, herunder også om bakgrunnen for krav fra ██████████ barnehage. Under punktene 4-6 følger også vår nærmere rettslige vurdering.

2. Oppsummering

Det er vår vurdering – oppsummert – at Horten kommune har rettslig grunnlag for å avslå søknaden. Vi vil anbefale at kommunen begrunner avslaget som redegjort for nedenfor.

Det er etter vår oppfatning grunnlag for å avslå søknaden fordi de pådratte ekstra kostnader som kreves dekket er knyttet til nye og endrede pensjonsavtaler som er inngått etter 1.1.2019.

Hovedregelen for så vidt gjelder dekning av kostnader til pensjon er således påslagsregelen i forskriften § 4. Det er i forskriften § 4 a gjort unntak fra denne regelen for pensjonsavtaler som er inngått før 1.1.2019, hvor disse har medført høyere kostnader for de private barnehager enn hva som blir dekket etter påslagsregelen. Disse kan kreves dekket av kommunen etter særskilt søknad. Det fremgår av motivene at fastsettelse av tidspunkt for inngåelse av avtaler er et bevisst valg fra lovgivers side. Det følger også av andre tolkningsmomenter, som det redegjøres for nærmere, tilsvarende at tidspunktet for inngåelse av pensjonsavtaler er avgjørende. Når engangskostnaden refererer seg til nye og endrede pensjonsavtaler inngått etter 1.1.2019, kan søknad om dekning av disse derfor avslås.

Vi vil videre fremheve at det etter vår oppfatning også er grunnlag for å avslå søknaden uavhengig av tidspunktet for avtaleinngåelsen. Det er i forarbeidene både knyttet til endringene i regelverket iverksatt i 2016, og til de senere endringene iverksatt i 2021, redegjort nærmere for hvilke pensjonskostnader som lovgiver særlig har tenkt faller inn under søknadsregelen. Det er blant annet på grunnlag av lovgivers redegjørelse grunnlag for å anføre at den engangskostnad ikke kan kreves dekket uavhengig av tidspunktet den er pådratt. Dette fordi en tolkning om rett til dekning av disse kostnadene også vil påføre kommunesektoren store ekstrakostnader, som kommunene ikke har vært kompensert for. Dette tolkningsresultatet kan også begrunnes med systembetragtninger. Det vises her til at private barnehager ikke skal kunne inngå avtaler og påføre kommuner nye kostnader, som ikke er vurdert av lovgiver, og som det heller ikke har vært en høringsprosess på. Etter vår oppfatning er det derfor grunnlag for å anføre at forskriftens ordlyd må tolkes innskrenkende, slik at den ikke gir rett til å få dekket slike engangskostnader som ikke er vurdert av lovgiver, i prinsippet uavhengig av tidspunktet for avtaleinngåelse. Da pensjonskostnadene i denne saken er en konsekvens av en ny og endret avtale inngått etter 1.1.2019, finner vi imidlertid ikke behov for å vurdere dette grunnlaget for avslag nærmere.

3. Kort om rettsreglene for tilskudd for pensjonskostnader til private barnehager

Den generelle regel for tilskudd fra kommunen til private barnehager er regulert i barnehageloven § 19. Regelen lyder:

«§ 19. Kommunalt tilskudd til godkjente private barnehager

Kommunen kan gi tilskudd til godkjente private barnehager.

Kommunen skal behandle private barnehager som mottar tilskudd, likeverdig med kommunale barnehager. Departementet kan gi forskrift om hva som er likeverdig behandling.

Departementet kan gi forskrift om midlertidig tilskudd til drift av barnehager og barnehageplasser som er godkjent med hjemmel i forskrift etter § 14 fjerde ledd»

Høyesterett har behandlet den generelle tilskuddsregelen regelen blant annet i sak HR-2021-62-A. Høyesterett har i premiss 41-43 uttalt nærmere om hva som menes med «likeverdig». Da lovgiver i forskrift er gitt særlige regler for så vidt gjelder tilskudd for pensjonskostnader, vil imidlertid tolkning av

den generelle tilskuddsregelen ikke være avgjørende i denne saken. Det avgjørende i denne saken er tolkning av de spesielle regler som gjelder for dekning av pensjonskostnader i private barnehager.

Det er med hjemmel i nevnte lov gitt følgende hovedregel i forskrift § 4 om dekning av pensjonskostnader:

«§ 4. Pensjonspåslag på driftstilskudd

Kommunen skal gi et påslag for pensjonsutgifter på ti prosent av lønnsutgiftene i de kommunale ordinære barnehagene, fratrukket pensjonsutgift og arbeidsgiveravgift på pensjonsutgiften. Kommunen skal legge til arbeidsgiveravgift på summen av påslaget»...

Fra denne regel er de gjort et unntak for private barnehager i forskriften § 4 a:

«§ 4 a. Søknadsordning for private barnehager med høye pensjonsutgifter

Har den private ordinære barnehagen pensjonsavtale inngått før 1. januar 2019 og høyere pensjonsutgifter enn det som blir dekket gjennom pensjonspåslaget, har den private ordinære barnehagen etter søknad til kommunen krav på å få dekket sine pensjonsutgifter. Den private barnehagens pensjonsutgifter fremgår av barnehagens to år gamle regnskap. Kommunens plikt til å dekke barnehagens pensjonsutgifter er begrenset oppad til kommunens pensjonsutgift per heltidsstilling i egne tilsvarende barnehager».

Det følger av en naturlig forståelse av ordlyden at to grunnvilkår må være oppfylt for at unntaksregelen kommer til anvendelse. Det ene er at det er inngått en pensjonsavtale før 1.1.2019, og det andre er at denne må ha ført til høyere pensjonsutgifter enn det som blir dekket gjennom pensjonspåslaget.

Forskriften trådte i kraft 1.1.2021. Det innebærer at forskriften gjelder for behandling av søknader fremsatt etter nevnte dato, selv om kostnadene er påløpt for barnehagen før denne datoen.

Etter vår oppfatning er hovedproblemstillingen i denne saken derfor om vilkårene for å anvende unntaksregelen i § 4a er oppfylt. Til nærmere belysning av dagens regler, skal det nedenfor under punkt 4 først gis en kort fremstilling av historikk og lovgivers begrunnelsen tidligere og nåværende regler for beregning av tilskudd. Det gis her også en fremstilling av bakgrunnen for søknaden for barnehagen. Det omtales nedenfor også enkelte uttalelser fra Udir.

4. Kort om tidligere regler, lovgivers begrunnelse for beregning av tilskudd og bakgrunnen for søknaden fra barnehagen. Uttalelser fra Udir.

4.1 Kort om tidligere regler og lovgivers begrunnelse for vedtatte tilskuddsregler

Regler om kommunalt tilskudd til private barnehager, og i den forbindelse reglene om likeverdig behandling av private og kommunale barnehager, ble første gang vedtatt gjennom en lovendring av barnehageloven i 2009. Det uttales i forarbeidene til lovendring (prp nr. 57(2008-2009) følgende:

«Bestemmelsen er nærmere omtalt under kapittel 5.

Første og annet ledd angir kommunens finansieringsforpliktelse for ikke-kommunale barnehager. Med ikke-kommunale menes alle barnehage som ikke eies av kommunen, slik som private,

fylkeskommunale og statlige barnehager. Kommunen har plikt til å finansiere barnehager i kommunen som har søkt om godkjenning før barnehagetilskuddene innlemmes i kommunerammen, og som følge av søknaden har fått godkjenning, jf. barnehageloven § 10, jf. §§ 1 og 2 eller § 11. Barnehager som søker om godkjenning etter barnehagetilskuddene innlemmes i kommunerammen har ikke automatisk rett på tilskudd. Dette innebærer at det går et skille mellom ikke-kommunale barnehager som søker om godkjenning før barnehagesektoren blir rammefinansiert og de som søker om godkjenning i en rammefinansiert sektor. Tidspunktet for innlemming av barnehagetilskuddene i kommunerammen framkommer av kommuneproposisjonen for 2009».

Etter 2009 - loven inngikk kommunens pensjonskostnader i det generelle beregningsgrunnlaget for tilskudd til private barnehager. Dette ble endret i 2015, hvoretter dekning av pensjonstilskudd ble regulert særskilt. Bakgrunnen for endringene var å få mer treffsikre ordninger for dekning av pensjonskostnader. Dette er omtalt i høringsnotatet fra Utdanningsdirektoratet i 2015. Det fremgår her først for så vidt gjelder innføring av den generelle påslagsregelen:

«3.3.3 Grunnlaget for fastsettelsen av prosentpåslaget (sjablongtillegg)

Når vi vurderer hvor stor størrelsen på prosentpåslaget skal være, tar vi hensyn til at formålet med en endring av beregningen av driftstilskuddet er å gjøre det mer treffsikkert når det gjelder de private barnehagens pensjonsutgifter enn det er i dag.

Om fastsettelsen av sjablongtillegget skriver PwC at fremskrivningene av premienivået i 2015 viser at et sjablongtillegg på åtte prosent er for lavt. [12] Det fremgår at av de 165 barnehagene som inngår i datasettet som PwC har brukt, ville bare ni prosent av disse fått dekket sine brutto premieutgifter i 2015...

Desto høyere sjablongen settes, jo større sannsynlighet er det for det blir større avvik mellom tilskuddet og pensjonsutgiftene til de barnehagene som har lavest utgifter. PwC illustrerer konsekvensene av ulike nivåer på sjablongtillegget ut fra premieprognosene for 2015, og antar at fordelingen av premienivåer for de 165 PBL-barnehagene er representative for omtrent 80 prosent av de private barnehagene som har tariffestet ytelsesbasert pensjon. Det gir følgende resultater når det gjelder nivået på sjablongtillegg og andel barnehager som antas å få dekket sine brutto pensjonsutgifter. Hvis sjablongen fastsettes til tolv prosent vil 62 prosent av barnehagene få dekket sine pensjonsutgifter i 2015. Tretten prosent favner 70 prosent, fjorten prosent omfatter 78 prosent, mens femten prosent dekker 88 prosent av barnehagene.

Om nivået på sjablongen og utgiftsdekning skriver PwC følgende:

«Andelene er noe avrundet og er selvsagt beheftet med usikkerhet og basert på diverse forutsetninger. Likevel bør de være svært relevante for å foreta en velbegrunnet vurdering. Etter vår oppfatning bør en komme opp i utgiftsdekning for om lag 80 % av alle ikke-kommunale barnehager for å kunne gjennomføre en overgang til et evt. sjablongtillegg uten alt for store administrative merutgifter for både barnehager og kommuner. I så fall indikerer tallene i tabellen at et sjablongtillegg i 2016 bør ligge på om 14 %, altså hele 6 prosentpoeng høyere enn det Telemarksforskning foreslå for ca. ett år siden. Forskjellen skyldes i første rekke den store premieøkningen som det nå er tatt høyde for, samt en forventning om lav eller ingen bruk av premiefond.»

Det konkluderes etter dette slik i høringsbrevet:

«Vi mener at pensjonspåslaget bør sikre at dagens eierstruktur ikke påvirkes vesentlig, og foreslår i likhet med PwC at prosentpåslaget settes til om lag 14 prosent i denne omgang».

Formålet med prosentpåslaget er å gi en utgiftsdekning for en viss ønsket andel av de private barnehagene, og vi mener derfor at påslaget må kunne justeres for å ta høyde for eventuelle premieendringer for de private barnehagene i fremtiden. Endringen av prosentpåslaget gjøres i forskrift».

Når det gjelder begrunnelsen og innholdet i unntaksregelen fra påslagsregelen uttales følgende i høringsbrevet:

«3.2.3. Søknadsordning for pensjonsutgifter

En del private barnehager får ikke dekket sine pensjonsutgifter med et prosentpåslag på 14 prosent. For eksempel vil ansatte i menighetsbarnehager tilsluttet Kirkelig arbeidsgiver- og interesseorganisasjon fortsatt ha en pensjonsordning basert på reglene for offentlig tjenstepensjon for sine ansatte, siden ansatte i disse barnehagene tidligere var kommunalt ansatte. For at barnehager som i dag har vesentlig høyere pensjonsutgifter enn det prosentpåslaget utgjør i sum ikke skal bli urimelig hardt rammet av omleggingen av pensjon, mener vi at det bør vurderes en sikkerhetsventil for disse barnehagene.

Vi vil derfor høre om det bør innføres en søknadsordning for barnehager med særlig høye pensjonsutgifter. Denne ordningen vil bare gjelde for barnehager som har særlig høye pensjonsutgifter innen 2015. Barnehagen må også fortsatt ha særlig høye pensjonsutgifter etter 2015 for å omfattes av ordningen».

Forskriften fra 2015, som trådte i kraft 1.1.2016, fastsatte at kommunen skulle gjøre en skjønnsmessig vurdering av hvorvidt høyere kostnader skulle dekkes. Det var videre bare vesentlige økte kostnader kunne søkes om. Reglene har senere vært endret en rekke ganger. Private barnehager har i dag etter søknad rettskrav på å få dekket økte kostnader. Ved forskriftsendring fra 2021 ble det heller ikke stilt ikke krav om at det er vesentlige økte kostnader. Endelig er den prosentsats av lønnskostnader i kommunale barnehager som påslagsregelen beregnes ut endret flere ganger. Det uttales om betydningen av et skjæringstidspunkt for hvilke pensjonskostnader som dekkes etter søknad følgende i høringsnotat fra departementet til forslag til endringer i barnehageloven med forskrifter (Ny regulering av private barnehager) 26. april 2019 til punkt 6.3.2:

«Barnehager med høyere pensjonsutgifter enn de får dekket gjennom tilskuddet

Private barnehager som har pensjonsavtaler som er inngått før 1. januar 2015 og vesentlig høyere pensjonsutgifter enn de får dekket gjennom pensjonspåslaget, kan i dag søke kommunen om å få dekket pensjonsutgiftene sine. Begrunnelsen for at skjæringspunktet for når pensjonsavtalen må være inngått er satt til 1. januar 2015, er at man ønsket å sikre at innføringen av pensjonspåslaget i 2016 ikke skulle ramme barnehager som allerede hadde pensjonsordninger som var vesentlig dyrere, urimelig hardt. Hvis pensjonspåslaget skal nedjusteres slik departementet foreslår i punkt 6.3.1, vil flere av barnehagene med pensjonsavtaler som er inngått før 1. januar 2015 ha høyere pensjonsutgifter enn de får dekket gjennom pensjonspåslaget. Departementet viser til at det for eksempel kan være barnehager med pensjonsavtaler som er inngått før 1. januar 2015 som har

pensjonsutgifter som tilsvarer 12 eller 13 prosent av lønnsutgiftene i de kommunale barnehagene. Disse barnehagene faller i dag utenfor søknadsordningen for dekking av pensjonsutgifter, da de får dekket pensjonsutgiftene sine gjennom pensjonspåslaget. Hvis pensjonspåslaget blir nedjustert til for eksempel 9 eller 11 prosent, vil imidlertid også disse barnehagene være omfattet av dagens søknadsordning. Departementet mener at det er viktig at søknadsordningen for dekking av pensjonsutgifter setter en klar grense for når pensjonsavtalen skal være inngått. Hvis pensjonspåslaget skal nedjusteres, mener departementet at det kan være behov for å forskyve denne grensen slik at også private barnehager som har inngått pensjonsavtaler i perioden fram til 1. januar 2019, kan søke kommunen om å få dekket pensjonsutgiftene sine. Dette vil forhindre at private barnehager som har inngått pensjonsavtaler med utgangspunkt i dagens regelverk, får problemer med å dekke pensjonsutgiftene sine».

Det uttales etter dette:

«Departementet foreslår at tilskuddet til pensjoner i private barnehager nedjusteres, slik at det i større grad gjenspeiler pensjonsutgiftene i de private barnehagene. Departementet har ikke tatt stilling til hvilket nivå pensjonspåslaget bør ligge på. Departementet ber derfor høringsinstansene om å gi innspill til dette spørsmålet. Departementet foreslår at private barnehager som har høyere pensjonsutgifter enn de får dekket gjennom det nye pensjonspåslaget, etter søknad har krav på å få dekket pensjonsutgiftene sine. Søknadsordningen skal kun gjelde for barnehager med pensjonsavtaler som er inngått før 1. januar 2019».

Det er slik på det rene at lovgiver både ved endringsreglene i 2015 og de senere endringene som er omtalt i høringsbrevet fra departementet i 2019, la til grunn at uttalt skjæringstidspunkt i forskriften for inngåelse av pensjonsavtaler, er avgjørende for hvorvidt de økte kostnader utover det som ble dekket av påslagsregelen, skal kunne kreves dekket av kommunen. Lovgiver var på tidspunktet for vedtakelsen av påslagsregelen kjent med at enkelte private barnehager ville ha høyere pensjonskostnader som gjorde at påslagsregelen ikke ville dekke deres kostnader. Dette gjaldt blant annet enkelte private barnehager som hadde offentlig tjenestepensjon. I høringsbrevet fra 2019 var lovgiver i tillegg opptatt av å verne de barnehager som ikke ville få dekket sine pensjonskostnader som følge av endret påslagsregel. Det fremgår imidlertid både i høringer i 2015 og 2019 fastsatt at dette kun gjaldt for pensjonsavtaler inngått før fastsatte tidspunkt, og som vil ha høyere kostnader enn som ble dekket gjennom påslagsregelen. Det fremgår at begrunnelsen for dette var et ønske fra lovgiver om å ha oversikt over hvilke ekstra pensjonskostnader som skulle kunne dekkes. Dette gav også kommuner forutsigbarhet over hvilke kostnader som skulle dekkes. Det gav videre også private barnehageeier forutsigbarhet om i hvilke tilfeller de fikk dekket ekstra pensjonskostnader. Det fremgår videre av høringsbrevet fra 2015 at dersom nye pådratte kostnader skal kunne dekkes, har lovgiver lagt opp til at da må også forskriften på ny vurderes endret.

4.2 Bakgrunnen for barnehagens søknad

Vi forstår at bakgrunnen for søknaden fra barnehagen er økte kostnader til pensjon som engangskostnad som følge av at det er inngått en ny avtale mellom PBL og arbeidstakerorganisasjonene. Vi kjenner ikke datoen for inngåelse av selve tariffavtalen, men det er det rene at den ble inngått etter 1.1.2019. Det avgjørende i denne saken er uansett dato for inngåelse av pensjonsavtale mellom [REDACTED]

barnehage AS og Storebrand Livsforsikring AS. Avtalen er undertegnet av Storebrand Livsforsikring AS den 5. februar 2020. Det fremgår av avtalen punkt 2 at avtalen ble «opprettet i forsikringselskapet» 1.1.2020.

Det er om bakgrunnen for ekstra engangskostnadene opplyst følgende på PBL nettsider i en artikkel fra 12. november 2019:

«Ved overgangen til ny pensjonsordning følger en engangskostnad for alle barnehager som i dag er omfattet av PBLs ytelsespensjonsordning.

Her er forklaringen på kostnaden. 1. januar 2020 innføres en ny, innskuddsbasert pensjonsordning i PBLs tariffområde. Det store flertallet av PBLs medlemsbarnehager er i dag omfattet av en ytelsesbasert pensjonsordning. Ansatte som er født før 1968, og som er omfattet av den ytelsesbaserte pensjonsordningen, vil fortsatt tjene opp sine pensjonsrettigheter i denne ordningen. Ansatte som er født i 1968 eller senere vil meldes ut av den ytelsesbaserte pensjonsordningen og inn i den innskuddsbaserte hybridpensjonen som har fått navnet Barnehagepensjon».

Det uttales videre spesifikt på nettsidene samme sted om begrunnelsen for den ekstra engangskostnaden, og hvordan denne tenkes finansiert:

«Lovpålagt kostnad

Men selv om ansatte meldes ut av en pensjonsordning, vil de ta med seg rettighetene som de har tjent opp frem til utmeldingen skjer. Denne rettigheten ivaretas gjennom en fripolise med verdien av pensjonen de har tjent opp i ordningen. Og for at pensjonen som er oppspart i ordningen ikke skal spises opp av prisstigning, må verdiene forvaltes frem til den ansatte begynner å ta ut pensjon. Denne forvaltningen er ikke gratis. Og Lov om foretakspensjon § 15-6 (6) krever at alle fremtidige kostnader til administrasjon og forvaltning av fripolisene skal være dekket når fripolisene utstedes:

Dersom pensjonsordningens administrasjonsreserve ikke er tilstrekkelig til å dekke kostnadene knyttet til utstedelse av fripoliser ved omdanning og lukking etter paragrafen her, skal de resterende kostnadene først dekkes av midler i premiefondet og deretter ved innbetaling fra foretaket dersom midlene i premiefondet ikke er tilstrekkelig»

Det er denne engangskostnaden – for å sikre verdiene av fripolisen – som barnehagen nå søker om å få finansiert gjennom særskilt søknad til kommunen. Som det fremgår ovenfor er plikten til å sikre verdien av fripolisen også lovregulert i lov om foretakspensjon § 15-6.

4.3 Kort om enkelte tolkningsuttalelser fra Udir

Vi nevner at det også foreligger enkelte tolkningsuttalelser fra Udir som etter omstendighetene kan ha rettskildemessig vekt, herunder som administrativ praksis. Det foreligger tolkningsuttalelser fra 1.11.2017 og 18.01.2018, som begge blant annet omhandler spørsmålet om dekning av pensjonskostnader hvor det benyttes midler fra barnehagens premiefond til fripoliser. Problemstillingene som behandles er imidlertid noe annerledes enn problemstillingen i vår sak. I sistnevnte uttalelse behandles imidlertid også spørsmålet om betydning av tidspunktet for inngåelse av pensjonsavtaler, og slik hva som kan kreves dekket etter søknad utover påslagsregelen. Denne del av uttalelsen er mer interessant for vår sak. Det uttales:

«Nye avtaler – reforhandling

Kommunen spør om en pensjonsavtale regnes som en ny avtale dersom den reforhandles, og viser til at en privat barnehage som inngår en pensjonsavtale før 1. januar 2015 har etter søknad krav på å få dekket vesentlige høyere pensjonsutgifter etter forskriften § 4 a. Dere mener at dersom avtalen reforhandles etter 1. januar 2015, må den anses som inngått på tidspunktet for reforhandlingen. Dere mener dette gjelder uavhengig av om det gjøres endringer i avtalen.

Det følger av § 4 a at (:)

Har den private barnehagen pensjonsavtale inngått før 1. januar 2015 og vesentlig høyere pensjonsutgifter enn det som blir dekket gjennom pensjonspåslaget, har den private barnehagen etter søknad til kommunen krav på å få dekket sine pensjonsutgifter.

I høringsnotatet til bestemmelsen, datert 22.05.2015, ble det uttalt at søknadsordningen skulle innføres for å sikre at barnehager som hadde vesentlig høyere pensjonsutgifter enn det prosentpåslaget på 13 prosent utgjorde i sum, ikke skulle bli urimelig hardt rammet av omleggingen av pensjon. Bestemmelsen ble innført som en sikkerhetsventil for disse barnehagene. Det følger av høringsnotatet punkt 3.2.3 at (:)

Denne ordningen vil bare gjelde for barnehager som har særlig høye pensjonsutgifter innen 2015. Barnehagen må også fortsatt ha særlig høye pensjonsutgifter etter 2015 for å omfattes av ordningen.

Departementet ga sin tilrådning til forslaget 22.10.2015».

Udir konkluderer, også med henvisning til brev fra Kunnskapsdepartementet til Udir av 12.05.2015, etter dette på følgende måte:

«Vi mener dette innebærer at kravet i bestemmelsen er at den private barnehagen har særlig høyere pensjonsutgifter innen 2015 og også har særlig høyere pensjonsutgifter etter 2015. Dette støttes også av brev fra Kunnskapsdepartementet til Utdanningsdirektoratet 12.05.2015 med krav om at en søknadsordning for private barnehager med særlig høye pensjonsutgifter skulle legges til i høringsnotatet som er nevnt over. Det følger av brevet at(:)

Det skal i høringen foreslås en lukket søknadsbasert ordning for ikke-kommunale barnehager med særlig høye pensjonsutgifter. Det vil si at ordningen skal være forbeholdt ikke kommunale barnehager som i dag har spesielt høye pensjonsutgifter.

Vi mener på bakgrunn av dette at en privat barnehage som har særlig høye pensjonsutgifter innen 2015 og reforhandler avtalen etter dette, men fortsatt har vesentlig høyere pensjonsutgifter etter reforhandlingen, vil omfattes av bestemmelsen. Vi mener dette gjelder uavhengig av om det gjøres endringer i avtalen eller ikke. I tillegg må de andre vilkårene i § 4 a være oppfylt for at de private barnehagene skal få økt tilskudd.

Dersom en barnehage har vesentlige høye pensjonsutgifter ved 1. januar 2015, men reforhandler avtalen etter dette tidspunktet og da fremforhandler en avtale som innebærer at de ikke lenger har vesentlig høye pensjonskostnader, vil de ikke være dekket av bestemmelsen. Barnehagen må også etter 2015 ha vesentlig høye pensjonskostnader for å være omfattet av ordningen».

Det har slik også støtte i administrativ praksis gjennom nevnte uttalelse fra Utdanningsdirektoratet at det ikke er adgang til å kreve dekket engangsbeløpet, hvor avtaler som utløser kravet er inngått etter 1.1.2019, som er skjæringstidspunktet etter ny forskrift.

5. Kort om kommuneloven som tolkningsmoment - kommuner skal kompenseres for kostnader pålagt i lov

Kommuneloven av 2018 fastsetter i § 2-2 visse prinsipper som gjelder mellom forholdet mellom stat og kommune. Med stat menes både statsfovaltningen og Stortinget. Det fremgår av kommuneloven § 2-2 3. ledd:

«Innenfor rammene av nasjonal økonomisk politikk bør kommuner og fylkeskommuner ha frie inntekter som gir økonomisk handlingsrom».

I forarbeidene til loven (prop 46 L (2017-2018)) uttales følgende i de særskilte kommentarer:

«I tredje ledd lovfestes et finansieringsprinsipp som sier at innenfor rammene av nasjonal økonomisk politikk bør kommuner og fylkeskommuner ha frie inntekter som gir økonomisk handlingsrom. Prinsippet fastsetter det sentrale premisset for reell lokal handlefrihet, nemlig at staten bør bidra til at kommunene og fylkeskommunene har et økonomisk handlingsrom»

Det følger av dette de oppgaver og pålegg som kommuner gis gjennom lov også skal finansieres, slik at kommuner har et handlingsrom. Det uttales også i forarbeidene at dette prinsippet kan være et tolkningsmoment for hvordan loven skal tolkes i den forstand at det har formodningen mot seg å tolke en lov på en slik måte at det gir kommuner en forpliktelse som ikke er finansiert gjennom tilskudd fra staten knyttet til den lov som gir kommunen en forpliktelse. Det vises til følgende uttalelse i NOU 2016:4 s. 60:

«Hvorvidt slike prinsipper vil få vekt ved tolkning av lover hvor de alminnelige rettskildeprinsippene ikke gir klare tolkningssvar, vil i siste instans bero på hvordan Høyesterett vil anvende prinsippene. Det er utvalgets vurdering at prinsippene kan anvendes som rettslig argument for vern av kommunalt selvstyre ved tolkningen av lover og forskrifter. Hvorvidt disse prinsippene skal få gjennomslag, vil imidlertid bero på en konkret vurdering»

KS legger til grunn at den tolkningen som PBL anfører vil medføre store ekstra kostnader for kommunesektoren. Dette er begrunnet med at PBL i opptak av medlemsmøte publisert 2. september 2022 fremholder at de har bistått 700 private barnehager i innsending av søknader om dekning av pensjonskostnader. Det fremgår ikke av opptaket hvor mange av disse søknadene som knytter seg til engangskostnader. Det er likevel grunn til å påstå at dette vil utgjøre store beløp for kommunesektoren.

Disse kostnadene er ikke finansiert gjennom rammetilskudd til kommuner. Det er etter vår oppfatning et argument mot å tolke lov og forskrift slik at det pålegger kommunen kostnader som ikke kommune har fått kompensert fra staten.

6. Rettslig vurdering - konklusjon

Det følger av forskriften § 4 at hovedregelen for dekning av private barnehagers pensjonskostnader er påslagsmodellen. Det er gjort unntak fra denne regelen for pensjonsavtaler inngått før 1.1.2019.

Den avtalen som PBL viser til og som medfører ekstrakostnader som kreves dekket, ble inngått etter 1.1.2019. Det følger da både av ordlyden i forskriften, lovgivers begrunnelse for regelen, administrativ praksis, samt også tolkningsprinsipp i kommuneloven om at kommunen skal kompenseres for sine kostnader, at unntaksregelen ikke kan anvendes i nærværende sak. Det vises her også til at dette er ekstra kostnader som lovgiver heller ikke har vurdert hvorvidt skal gis rett til dekning. Det er da ikke grunnlag for å kreve dekket ekstra kostnader knyttet til nye og endrede avtaler.

Dersom et er spørsmål eller kommentarer til ovennevnte, eller vår videre bistand ønskes, er det selvsagt bare å ta kontakt med undertegnede.

Med vennlig hilsen



Øyvind Renslo
advokat

Telefon: 48 01 23 58
E-post: oyvind.renslo@ks.no